REFLEXIONES LEGALES

POR

D. JUAN DE OROSCO

Y AYALA,

PRESBYTERO, PREVENDADO DE LA SANTA PATRIARCAL, Y METROPOLITANA IGLESIA DE ESTA CIUDAD,

EN EL PLEYTO

CON Dª. SALVADORA

DE OROSCO,

SU HERMANA, Y DON JUAN MARIA LOBILLO Y OROSCO:

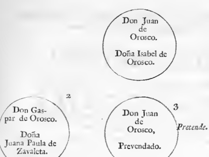
SOBRE

LA SUCESION DEL MAYORAZGO fundado del tercio, y quinto por el Veintiquatro Geronymo de Orosco, y Doña Juliana de Ayala, su muger, y comisaria; y Agregaciones hechas por ésta, y por el Teniente General Don Francisco de Orosco Marquez de Saudin.

CON LICENCIA DE LOS SEÑORES, REGENTE, Y OIDORES DE LA REAL AUDIENCIA.

En Sevilla, en la Oficina de D. Josef de S. Romàn y Codina, en la Calle de las Armas.

1.



Pretende.

5
Don Manuèl Mariano de Orosco.

Ultimo Poscedor.

6
Doña Ramona de Orosco.
Don Francisco Maria Lobillo.

7
Don Juan Maria Lobillo
Menor.

Pretende.



DOMINUS ILLUMINATIO MEA, ET SALUS MEA, quem timebo? Psalm. 26. vers. 1.

INTRODUCCION.

1. AUN ANTES DE NACER LOS hombres, han litigado las prerrogativas de la Primogenitura: exemplo es de esta verdad aquella recia, si mysteriosa lucha, que en el vientre de su madre tuvieron los dos Hermanos, sobre qual, naciendo primero al mundo, havia de conseguirla; en cuya fuerte lid porfiaron, sin embargo de ser gemelos, con tan duro teson, que aùn haviendo salido primero victorioso Esau, aun procuraba todavia Jacob estorvar su triunfo, segun el *cap.* 25. del Genesis à los vers. 22. y 25. ibi: *Collidebantur in utero ejus Parbuli: Qui prior egressus vocatum est nomen ejus Esau: Protinus alter egrediens plantam pedis fratris tenebat manu:* Para que de paso se note, quan reñidos, y sangrientos han sido siempre por lo comun los Pleytos entre hermanos, y parientes, como lo advirtiò el gran Papiniano en la vulgar Ley *cùm Pater* 77. §. 20. *dulcissimis ff. de Legat.* 2.

2. Què mucho, à vista de tan sagrado antiguo exemplar no quiera Don Juan Orosco (casa 3.) aunque Presbytero, consentir se le prive del incontrastable derecho, con que se contempla, como Varon de la Linea, y Grado para suceder con formal exclusion de su hermana Doña Salvadora (casa 4.) y de Don Juan Maria Lobillo y Orosco (casa 7.) en este Mayorazgo, y Agregaciones, que se litigan; sin temer se pueda contemplar abominable desordenada ambicion de riquezas, que no pueda poseer contra el consejo, que se nos dà en el capitulo 23. de los *Proverb.* ibi: *Non erigas oculos tuos ad opes, quas non potes habere; quia facient sibi pennas quasi Aquilae, & volabunt in Coelum:* Pues sabe, que aùn en aquellos primitivos tiempos de la Iglesia, en que los Clerigos hacian vida comun, no obstante, tenian,

poseìan, y disponian como verdaderos legitimos dueños de aquellos bienes, que ò por herencia, patrimonio, donacion, ò otro qualesquier legitimo titulo adquirian, como se colige, y deduce del *cap. Episcopus* 12.*quaest.* 1.*& quaest.* 5.*cap. fixum.et cap.Quia nos de Testam.et ex DivoThom.*2.2.*quaest.* 185. *art.* 7.*et quolibeto* 6. *art.* 12. Y que en sentir de muchos, y graves Autores, que refiere el P. Luis de Molina *de Just. et Jur. disp.* 142. aùn despues de la division hecha, segun unos, por S. Simplicio *Papa* 41. ò como otros sienten, por Dionysio Papa XVI. exaltado à la Silla año de 461. lo son tambien de las rentas, y frutos de sus Beneficios.

3. Y que aùn en los precisos tèrminos de la question del dia es comun sentada opinion, que son capaces de la sucesion de Feudos, Fideicomisos, y Mayorazgos, aunque tengan anexa Dignidad, ò Jurisdiccion, por serlo de conservar el nombre, y memoria de la Familia, ultimo fin por lo comun de semejantes Vinculaciones, como con infinitos lo afirman, y llevan el Sr. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 97. *ejus Add.* D. D. Valens. *cons.* 23. *n.* 28. *et* 29. Cevall. *com. contra com. quaest.* 492. extendiendola D. Hermenegildo de Roxas *de Incompat. part.* 7. *cap.* 5. *à n.* 6. con su Adicionador Aguila à los Monjes de Monasterios, capaces de adquirir, y refiriendo por ellas algunas Decisiones de la Real Chancillerìa de Granada.

4. Aun antes con la opinion de Graciano sobre la *causa* 14. *quaest.* 1. y otros se contempla obligado en ambos Fueros à seguir, y hacer las màs eficaces instancias, sin perdonar, ni dexar de tomar todos, y qualesquier recursos de quantos estèn establecidos, sin que pùeda aquietarse con la Sentencia del Juez Ordinario, pues halla, que en Litigios de esta naturaleza, à diferencia de otros, es preciso llegar hasta las ultimas Determinaciones, y Sentencias, como expresamente de autoridad del Mieres *de Majoratu*, y otros lo aconseja, y resuelve el docto D. Manuèl Alvarez Pegas en sus Resoluciones Forenses *in cap.* 4. *ad medium n.* 88.

5. Con tan graves justos fundamentos llega al Tribunal de V. S. centro de la Justicia, y donde tiene su asiento la Verdad *ex leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *N. R.* solicitando, que re-

vocan-

vocandose la Sentencia del Ordinario, se le declare por legitimo Sucesor de dicho Mayorazgo, y sus Agregaciones, como Varon de la Linea, y Grado con exclusion de su Hermana, Nieto, y demàs; à èste proposito, asi por la gravedad de la materia, como para el mejor acierto, hà tenido por conveniente hacer su Defensa por escrito, por ser lo que màs imprime, en sentir del Emperador Justiniano, que asi lo previene en el §. *Agnationis* final de sus Instituciones, hablando de los Grados de cognacion, ibi: *Sed cùm magis veritas oculata Fide, quàm per aures animis hominum infigatur*: Pero sin tocar del hecho, sino lo que baste à ajustar el derecho, por haverse hecho puntual Memorial Ajustado, que se hà impreso, la dividirà para la màs facil inteligencia, advertido de la glosa *in leg. 1. ff. de Doli, et Metus exceptione*, ibi: *Quaelibet res divisa melius intelligitur*: En tres partes:-

En la primera se fundarà, que solo por ser Varon de la Linea, y Grado debe preferirse, y excluir el Don Juan à su Hermano, que por Hembra no puede concurrir con èl, y à los demàs.

En la segunda se harà vèr, que la exclusion de Clerigos puesta por la Commisaria en la Fundacion es de ninguna eficacia, ni efecto, y que sin embargo de ella el Don Juan como Varon de la Linea debe suceder en èste Mayorazgo.

En la tercera se satisfaràn algunos fundamentos, y objecciones, que se quieran oponer al derecho de D. Juan.

PARTE PRIMERA.

EN LA QUE SE FUNDA, QUE SOLO LA QUALIDAD de Varon de la Linea, y Grado es bastante para preferir, y excluir à la Hermana, y demàs.

1. ABOLIDO el orden de suceder los Reyes en nuestra España, por eleccion de sus Obispos, y Proceres; costumbre, que tomada de la que los Godos tenian de elegir de entre ellos mismos un Caudillo, que los

 go-

gobernase, durò hasta la Invacion de los Arabes, y opresion del Reyno en la desgraciada Batalla de Guadalete acaecida dia once de Noviembre, festividad de San Martin del año de 714. Reinando el infeliz Rodrigo: como de autoridad del Obispo Don Servando lo refiere Rodrigo Mendez de Silva en el Catalogo Real §. 33. y de cuyo genero de eleccion hacen bastante mencion los Concilios Toledanos 4. celebrado en tiempo de San Isidoro: *can. ultim.* el 5. en el de Eugenio, *can.* 3. el 6. siendo Salba Obispo de Narbona, *can.* 17. *et* 18. y el 12. segun refiere el Sr. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 11. *juncta Annotat. in calc. operis*: comprobandose esto màs con lo que se refiere en el Proemio del Fuero Juzgo, *in leg.* 1. ibi: *En esta Ley dicen, como deben ser Esleidos los Principes: y que las cosas que ellos ganaren, deben fincar al Reino*: Y en la segunda, ibi: *Doncas establecemos, que de aqui adelante los Reyes deben ser Esleidos en la Ciudad Real* (la Imperial Toledo, Corte, y Silla de los Reyes Godos) *ò en aquel Lugar, donde muriò el otro Rey: con consejo de los Obispos, y de los Ricos Homes de la Corte, y del Pueblo, y no debe ser Esleido de Fueras de la Ciudad, ni de concejo de pocos, ni de Villanos de el Pueblo*: Y màs adelante dice la citada *Ley*, ibi: *Mas las cosas, que ellos ganaren non las debe aver ninguno de sus Fijos, sino como mandare el Rey: y las cosas, que eran suyas proprias, y que ganaron antes de ser Reyes deben averlas sus Hijos, y Herederos.* Con las quales concuerdan las Leyes 4. y siguientes de dicho proemio: Y sacudido el Sarraceno Yugo, restaurado à su antigua libertad el Español Imperio à esfuerzos del glorioso, inclyto, invencible Principe Pelayo, Reliquia noble de la Real Sangre Goda, reservada sin duda por especial providencia del Dios de los Exercitos para tan heroica Empresa: Se establecio la Sucesion del Reino por los Derechos de la sangre, y naturaleza, yà fuese por particular Ley para ello establecida por el mismo Restaurador heroico, como quieren unos: Joan. Lup. *in obtent. Regni Navarrae* §. 9. *part.* 6. *et in Rub. de Donat. inter virum, et uxorem*, §. 69. *n.* 26. *cit. Molin. in Ann.* 2. yà fuese esto ordenado

por

por comun consentimiento del mismo Reino, que advirtiendo las facciones, tumultos, escandalosos odios, y populares sediciones, que se originaban entre el Rey electo, y todos aquellos, que no se conformaban, ò se oponian à su Eleccion; y lo mas arreglado, y aùn comun, que era en todas las mas partes del orbe suceder por el orden de la generacion, y de la sangre; como no sin graves fundamentos quieren otros Autores, cuya opinion comprueban en parte las Leyes 5. y cinco siguientes del titulo primero de la partida segunda.

2. Desde èste feliz Catastrofe hà tenido siempre el primer lugar la Linea, y dentro de ellas la calidad del sexo varonil, *cap.* 1. *de Natur. succes. Feud. L.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *ubi* Greg. Lop. *verbo el Fixo mayor*. D. D. Covarr. *Prat, quaest. cap.* 38. *n.* 6. Abend. *in leg.* 40. Taur. *glos.* 20. *n.* 29. Gutierr. *Pract. qq. lib.* 3. *quaest.* 67. *num.* 53. D. D. Castill. *controv. lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 52. *et cap.* 93. *num.* 9. No solo en la Sucesion del Reino, à cuya imagen, y semejanza, y baxo cuyas mismas reglas, como primer Mayorazgo, cabeza, y norma de todos, se entienden, y presumen fundados los demàs; mientras otra cosa no se halla expresamente ordenada en sus respectivas Fundaciones, como de autoridad del citado Sr. Covarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 5. §. 4. lo afirma dicho Sr. Molin. *lib.* 1. *cap.* 2. *nuper relato, et cap.* 13. *n.* 1. sino es tambien en la de todos los demàs Particulares, y en los Fideicomisos Familiares, sin embargo de la diferencia, que entre ellos, y nuestras patrias Vinculaciones notan con muchos el P. Luis de Molina *de Just. et Jur. disput.* 577. y el citado Sr. Molina *lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 7.

3. De este principio elemental en la materia resulta clara la exclusion de la Doña Salvadora, que como Hembra en concurso de su hermano D. Juan, en quien concurre la qualidad, y prerrogativa de el sexo, no puede preferirlo, ni entrar en la Sucesion por deberse contemplar excluida por la Ley *ex cap.* 1. *de eo, qui sibi, et haeredib. suis.* Bald. *in Auten. cessante n.* 3. *Cod. de legit. haeredib.* Ancarran. *consi.* 339. *n.* 7. Gamm. *decis.* 51. *n.* 3. Abendañ. *in dict. leg.* 40. Taur. *glos.* 9. *n.* 75. D. Greg. Lop. *in leg.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. *columm.*

6.

6. *in med.* Siendo esto cierto en tanto grado, que aùn sin haver nacido todavia el varon, quieren no sin fundamentos graves algunos prefiera, y excluya à la Hembra; y asi lo llevan en aquella dificil, y sutil question sobre si muerto el ultimo Poseedor de un Mayorazgo, en que del todo estan excluidas las Hembras, quedando la Muger preñada, haya de suceder el segundo llamado, ò se le haya de dàr la tenuta, y posesion al vientre; à cuyo favor decide el Pelaez *de Mayoratu* 3.*part. quaest.* 2. *n*.9. y conformandose con esta opinion el Placentino Gutierrez en el segundo de sus *qq. practicas, quaest.* 87. *n*. 5. la extiende aùn à el caso en que no estèn excluidas de la sucesion las Hembras, y la haya de dicho ultimo Poseedor, afirmando abiertamente, que la excluye, y prefiere el vientre.

4. No solo en nuestra patria Legislacion se halla afianzada, y determinada esta preferencia del sexo varonil, sino que lo mismo se halla dispuesto en la Divina; pues hallamos en el 27. *de los Num.* que solo en falta de hijo varon se deferia la herencia à las Hijas, ibi: *Homo cùm mortus fuerit, absque filio ad filiam ejus transibit haereditas*: Y que por haver muerto Salphaad sin hijos varones, pidiendo las hijas su herencia à Moysès, y consultado èste à Dios, le fuè respondido, ibi: *Justam rem postulant filiae Salphaad, da illis possesionem inter cognatos Patris sui, et in haereditate succedant.* De cuyos textos, y del 36. de dichos Numeros, del capitulo 17. de Josuè, sin otros muchos, que como refiere el citado Sr. Molina *lib.* 3. *cap.* 4. *n*. 1. pudieran producirse, se colige clara la formal exclusion de las Hembras por el Varon de la Linea, y Grado, y què estas solo à falta de aquellos pueden venir à la sucesion.

5. No es la intencion de D. Juan en esta Alegacion, hacer vèr, que las Hembras no sean capaces de suceder por todo derecho; yà se consulte el natural, que ninguna diferencia conoce entre la agnacion, y cognacion; yà el comun de los Romanos, en que por la Ley de las 12. Tablas, à falta de herederos sucedian los agnados indistintamente, fuesen varones, ò hembras; y faltando èstos se diferia la herencia al Fisco, excluidos los cognados remotos; yà el Pretorio:

por

por el que se deferia à estos faltando aquellos, por la posesion *unde cognati*, haviendo sido solo fatal para las Hembras el tiempo de la media Jurisprudencia, en el que fueron excluidas de todo punto de las sucesiones de los agnados; si bien derogada esta disposicion, y la diferencia entre agnados, y cognados para las sucesiones ab intestato por novisimo derecho del Codigo, y Autenticas recuperaron aquellas el derecho de suceder, de que havian sido privadas: con lo que conformandose nuestras patrias Leyes, las admiten sin dificultad como es expreso en la yá citada Ley 3. *tit.* 13. *part.* 6. *cùm concordant*; *et cùm multis tenet cit.* Molin. *de Primog. ubi proximè.*

6. Solo, pues, quiere persuadir, que todas estas disposiciones, y derechos tienen lugar en la sucesion de los bienes Alodiales, màs no en la de los Vinculos, y Mayorazgos; pues siendo sin question, que en ellos segun su naturaleza indivisible debe suceder uno: no admite disputa, que concurriendo à la sucesion Varon, y Hembra de una propia Linea, y Grado, debe preferirse aquel, excluìda esta; quien solo faltando el varon podrà entrar en la sucesion: es doctrina original de Bald. *in leg. in multis ff. de statu homin.* donde elegantemente afirma, que la costumbre de un Reino, que admite, ò llama à la sucesion de algunos bienes solamente al primogenito se debe interpretar del varon, y que solamente, faltando èste, podrà la Hembra primogenita suceder, y prorrogarse en su lugar: del mismo sentir fuè Romano *in cons.* 98. haviendo sido consultado sobre si en los bienes dexados, ò donados al hijo primogenito por el Sr. Rey Don Enrique Segundo en su Test. podrian suceder; pues lleva, que faltando hijo varon, debia suceder la hembra hija primogenita; lo qual se observa asi, segun el citado Molin. ubi proximè, no solo en la sucesion de los Mayorazgos simples, sino en la de los Reynos, Ducados, Marquesados, Varonìas, y otras qualesquier en que se suceda por derecho de Mayorazgos.

7. Estos principios deben obrar con mayor razon en el caso en que nos hallamos; pues extinguida la linea del ul-

timo Poseedor en èl, por no haver dexado sucesion, y pasando à enrrar èsta en la de los transversales, como lo son los litigantes, segun lo dispuesto por las *LL.1.et leg. stemmata ff. de Gradib.* Y por la 2. *vers. la tercera tit.* 13. *part.* 6. y lo que acerca de esto trahe latamente el Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.*6. §. 17. *n.* 253. Siendo indispensable, que esta haya de tener cierto, y determinado principio, *ex leg. Titio* 96. *ff. de cond. et demonst.* de lo que funda Robles *de Represent. lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 11. Seria monstruosidad jamàs vista, que concurriendo à ello Varon, y Hembra de ella misma, la huviese èsta de principiar, excluìdo aquel, contra todos los principios, que abiertamente lo resisten, y defienden, siendo tanto màs monstruoso esto, tratandose de suceder en un Mayorazgo de regular sucesion qual es èste.

8. Se comprueba esto màs observandose, que si, constituida yà la linea, y concurriendo à suceder varon, y hembra de ella, debe preferir sin question aquel, por quanto las hembras en la sucesion de Mayorazgos regulares, aunque sean primogenitas, se contemplan llamadas en segundo grado, *ex latè traditis à cit.* Rox. *de Incompat.part.*3. *cap.* 4. *à n.* 5. *et ejus Addition. Aquila*: es forzoso se haya de observar lo mismo al principiarla, y constituirla cabeza de ella: siendo esto cierto en todo grado, que aun en los Mayorazgos de rigorosa agnacion, en que *per prius* suceden los varones de varones, despues los varones de hembras, y ultimamente estas, segun Peregrino *de Fideicom. art.* 7.Gatcia *de Nobilit. in divis. operis,num.*32. D. D.Vela *Dissert.* 49. *num.* 105. *et* 106. Anton. Gom. *in leg.* 40. Taur. *n.* 60. Gregor. Lopez *in jam cit. leg.* 3. *tit.* 13.*part.* 6. *versic. Quid si ex majoriae dispos.* con los infinitos, que citan los adentes al Sr. Molina *lib.* 3. *cap.* 8. *à n.* 7. *usque* 11. y es comun sentir de la Escuela: acabada la rigorosa agnacion por deficiencia de varones, y deferida la sucesion à las hembras yà: si concurriesen hembra hija de uno de los varones con varon hijo de una hermana suya, su sobrino precisamenre èste se havria de preferir por la qualidad del sexo con exclusion de la Tia, de donde se colige la fuerza,

y

y eficacia de la calidad del sexo varonil.

9. No puede pues dudarse, que en sucesiones regulares solo à falta de varones de la linea pueden suceder las hembras: y con mayor causa quando en la linea de transversales, ò colaterales, ò en aquellas que cada uno de los hijos, y hermanos constituyen, segun Tiraquell. *de Prim. quaest.* 41. D. D. Castill. *controv. lib.* 3. *cap.* 19. con los muchos que cita D. Fernando del Aguila *in Add. ad Roxas deincompat. part.* 1. *cap.* 6. *à num.* 163. No se requiere, ni que los que las constituyen hayan actualmente poseido, ni que hayan obtenido el lugar mas proximo en la sucesion; sino que basta que la persona que principia la linea tenga el proximo lugar para la sucesion, aunque mientras viviese, ni lo tuviese en esperanza proxima de suceder, yà porque en la efectiva del Poseedor, ò en la habitual de primogenitura huviese hijos, ò descendientes, pues para constituirla, y que las lineas de los hermanos se distingan entre sì en orden à la prelacion de ellas, es suficiente, que todos por derecho derivado lo tengan para la sucesion, como lo afirma el citado Aguila *loco proximè citato à num.* 222. el Sr. Castill. *al cap.* 93. de dicho *lib.* 3. con otros que sita por esta misma opinion.

10. Es lo que asi và fundado verdad tan inelutable, y cierta, como canonizada por todos los principios de derecho, en que se afianza; y que hace conocer la justicia con que el D. Juan de Orosco, como varon de la Linea, y Grado, funda ser con exclusion. de su Hermana, y Nieto, el verdadero legitimo sucesor de este Mayorazgo, y sus Agregaciones, y que tal se le debe declarar; revocandose en todo, y por todo la sentencia del Juez Ordinario, injusta, y agraviada en quanto le privò de su sucesion; declarando haverse transferido en dicha su Hermana, sin que baste à justificarla ninguna de las causas, en que tal vez se querrà apoyar, como se manifestarà con evidencia en la siguiente.

* * *

PAR-

PARTE SEGUNDA

EN QUE SE FUNDA, QUE LA CONDICION exclusiva de Clerigos puesta por la Comisaria en la fundadacion es nula, ineficaz, y que no puede, ni debe obrar efecto alguno en perjuicio de los legitimos Sucesores.

1. SOlo las reglas, y principios ciertos de derecho, inegables por notorios en èl, sentados en la primera Parte, parecia bastar à fundar el claro, è indubitable, que le asiste á Don Juan, como Varon de la Linea, y Grado, para obtener con exclusion de su Hermana, y Nieto; pero porque quiza no se oponga, que estos proceden en lo regular de los Mayorazgos; mas no son adaptables à los tèrminos en que nos hallamos, y à los del Pleyto; pretendiendo fundar no se há de medir por las reglas comunes de las Fundaciones de los Mayorazgos, sino por lo peculiar de la de èste, y por la voluntad de su Fundador, que haviendo sido particular, debe tener el primer lugar: *ut in leg. cùm ita §. in Fideicomm. ff. de legat.* 2. ibi: *Primo loco, qui nominati sunt*; *et ex leg. liberorum ff. de verbor signif.* ibi: *Nisi voluntas Testatoris aliter se habeat. et in leg.* 40. Taur. ibi: *Salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyò*: *et in leg.* 45. Taur. ibi: *Se traspase la posesion civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo debiere suceder en èl*: con lo que acerca de esto trahe el Sr. Molina *de Primog. lib.* 1 *.cap.* 4. *n.* 17. *et* 33. serà preciso fundar, que sin embargo de esta exempcion, ni hai contraria voluntad del Fundador, que la limite, ni que es bastante la exclusion, que sin facultad para ello hizo la Comisaria de los Clerigos, que debe tenerse por no escrita, ni obrar efecto alguno.

2.Y

2. Y por quanto en esto parece consistir toda la dificultad de este Litigio, discurrirèmos en ello por todos los medios, que hemos podido hallar, siendo necesario para persuadirlo recurrir à las clausulas de los dos Poderes, que para testar, y hacer la Fundacion diò el citado Geronymo de Orosco á la Doña Juliana de Ayala su muger con otros, para ajustarlas à la disposicion de derecho, y recibida doctrina de los Autores de mejor nota en la materia, por ser á lo que se debe atender para medir con acierto la sucesion, y orden que en ella deba guardarse, *juxta leg. Item veniunt* 20. §. *Praeter* 6. *ff. de Petition. haered.* ibi: *Optimum est ipsius Senatus Consulti interpretationem facere verbis ipsius relatis*: *Leg. de his* 6. *ff. de transat. L.* 25. *tit.* 11. *part.* 3. D. D. Valens. *in cons.* 63. *n.* 100. *et seq. et* 69. *n.* 1. *et* 2.

3. La que contiene el primer Poder, que otorgò en 23. de Marzo de 1629. dice asi:

,, E para que pueda hacer, è haga Mejora del tercio, è remaniente del quinto de mis bienes, y de qualesquiera parte de ellos, en qualesquier de nuestros hijos varones, que à la dicha Doña Juliana de Ayala mi muger le pareciere con qualesquier cargos, gravamenes, ò sin ellos, ò por via de Vinculo, è Mayorazgo con qualesquier nombramientos, è llamamientos de Sucesores, è Poseedores: poniendo en la dicha Mejora, Vinculo, è Fundacion qualesquier clausulas, gravamenes, è declaraciones, è las demàs circunstancias, que para su firmeza, è validacion, y perpetuidad convengan. *Mem. imp. num.* 9.

La del segundo, que otorgò en 29. de Abril de 1632. estando enfermo de la enfermedad, de que muriò, dice asi:

Refiriendose al anterior Poder, ratificandolo, y aprobandolo en todo, y por todo: ,,Para que se pueda usar, y use de èl, y de todas sus clausulas, y facultades en èl contenidas, y declaradas, sin reserva, ni limitacion alguna ahora de nuevo, ampliando el dicho Poder, se lo doy, è otorgo en la màs bastante forma, que por

de-

,, derecho se me concede para todo lo en èl contenido, ,, à la dicha Doña Juliana de Ayala mi muger, para que ,, en virtud de èl haga, è otorgue mi testamento, è ul- ,, tima voluntad como con ella lo dexo tratado, è comu- ,, nicado, &c. todo ello con asistencia, è parecer de los di- ,, chos Fr. Gaspar de los Reyes, è Martin de Tirapu, è ,, mas con asistencia, y con parecer del P. Fr. Juan de la ,, Cruz, Religioso Descalzo Recoleto de la Orden de Se- ,, ñor San Francisco, *ita in dict. Mem. imp. n.* 12. Y ,, por otra clausula *in dict. Mem. imp. num.* 14. ordena asi: ,, Para todo lo qual, que dicho es, debaxo de las Clau- ,, sulas, Poderes, é Facultades contenidas en el dicho ,, Poder, y sin lo inovar en cosa alguna, aora se lo doy, ,, è otorgo à la dicha mi Muger, &c. no firmò por la gra- ,, vedad de su enfermedad.

4. Estos fueron los Poderes, en cuya virtud en 14. de Junio de 1634. otorgò la Doña Juliana el Testamento de dicho su Marido, haciendo la Fundacion del Mayorazgo del tercio, y remaniente del quinto de dicho su Marido: usando ademàs de la Real Facultad, que dixo haver obtenido, y se inserta à la letra, incluyendo, agregando, y adjudicandole de los bienes, que quedaron al tiempo de le muerte de su Marido, y que ambos hubicron, y les pertenecia, que sigue expresando baxo diferentes condiciones, entre las quales fuè una, que no sucediese, ni pudiese suceder en dicho Mayorazgo Clerigo de Orden Sacro, Monja, ni Frayle, ni otro Religioso profeso, sino de las Ordenes Militares, que se puedan casar.

5. A la verdad, consideradas bien, y construìdas las clausulas de los dos citados Poderes, para mejor interpretacion de la voluntad del Fundador, segun advierte el Jurisconsulto en la Ley *Moebia ff. de manumis. Testam. et in leg. numis ff. de leg.* 3. Mantic. *de conject. lib.* 6. *tit.* 17. *num.* 1. Surdo *decis.* 43. *n.* 14. *et decis.* 302. *num.* 16. Y atendiendo á el verdadero sentido de ellas, *juxta cap. Proterea de V. S.* ibi: *Proterea si prolixam Epistolam meam ad interpretandum accipere te fortassè contingerit, rogo, non verbum ex verbo, sed sensum ex sensu transferri; quia plerumque*

dum

dum proprietas verborum attenditur, sensus veritatis amittitur; cuidado que aconseja ser preciso en causas de esta naturaleza Burgos de Paz en el Premio de las Leyes de Toro, al num. 126. ibi: *Ideoque cùm inter masculos, et foeminas hisce Majoratibus controvertatur (prout frequentissimè contingit) illud in hac re vellim observes, ut dispositionis verba à capite ad finem usque expendas, ut disponentis percipias voluntatem, et à quo masculo foeminam repelli sit stabilitum; et an remotior in gradu, vel nè, et in quo casu, et hac et illud, totam dispositionem, et undique eam diligens inspicias venatoris more instantis Leporis sectantis.*

6. Y aunque todas estas sabias advertencias, y prevenciones han hecho leer, y repasar, no una, sino muchas veces dichos Poderes; pudiendo decir con Jasson *in concil.* 43. *lib.* 3. *à num.* 7. illic: *Et cùm multum Testamenti verba, non solùm legerem, sed lectitarem, et lectitando pensarem.* No solo no hemos encontrado razon, ò fundamento para persuadir fuese voluntad del Fundador de este Mayorazgo excluir de su sucesion los Clerigos de Orden Sacro, y los Naturales; sino que antes considerandolas con mas atenta reflexion, sobran fundamentos para inferir no quiso la exclusion de unos, y otros: ni una palabra si quiera alusiva á semejante exclusion se nota en el contexto de ambos Poderes; y aun en èl se puede afianzar la certeza de esta ilacion: *Ut inquit textus in autent. de Rest. Fideicom.* §. *Nos igitur.* ibi: *Subtilius testamentum considerantes verbis ipsis invenimus*; ò con Bald. *in concil.* 150. *colum.* 5. *vers.* 1. *lib.* 1. ibi: *Et quanto magis lego, et considero verba testamenti, magis mihi persuadeo istam esse enixam voluntatem testatoris.*

7. No haviendo, pues, expresa volnntad del Fundador exclusiva de los Clerigos de Orden de Sacro, y de los Naturales, ni que limite por modo alguno las Reglas, y principios de Derecho, que como và hecho vèr, los admite à la sucesion indistintamente, y sin dificultad; pues ni una sola palabra sè registra en dichos Poderes, de donde semejante exclusion pueda deducirse, es visto fuè conocido exceso

ceso en la Commisaria haverla puesto en la fundacion de dicho Mayorazgo: sin que se pueda decir, que como le concediò facultad para hacerla, y para hacer qualesquier nombramientos, è llamamiontos de Sucesores, è Poseedores, poniendo gravamenes, è declaraciones; porque como quiera, que nada dixo sobre exclusiones, y estas envuelvan tanta repugnancia para presumirse, de hai es, que no pueden entenderse comprehendidas en la general de poner gravamenes, y declaraciones; y mucho menos quando, segun el literal contenido de ella, ibi: „ E las demàs circunstancias, que para su firmeza, è perpetuidad, è validacion convengan: *Mem. imp. num. 9. cit.* debe aquella apelar, y interpretarse de aquellas tan solamente, que para todo fuesen necesarias, y precisas; porque en una palabra, la voluntad de dicho Geronymo de Orosco fuè mejorar en el tercio, è remaniente del quinto à uno de sus hijos, ò por via de Vinculo regular, ò en otro qualesquier manera, dexando en la eleccion de dicha su muger, y dandole facultad para que lo hiciese en el que le pareciese de ellos, del mismo modo, que èl mismo podia haverlo executado; pero no se adviete, que fuese la de excluir à ninguno de ellos, porque fuese Clerigo de Orden Sacro, ò Natural.

8. Siendo tan limitadas, y estrechas las facultades de los Comisarios, ó Cabezaleros para hacer testamentos; que nada màs pueden disponer, ordenar, ni hacer, que aquello que especial, y señaladamente señalò, y mando en ellos el que les confiriò los citados Poderes; y siendo asi que èsto se halla establecido, y decidido por punto general en èsta materia, no menos que por nueve Leyes fundamentales de la Nacion, que expresamente lo ordenan, *ut est videre à Leg. 31. usque ad 39. Tauri*; que determinando, y resolviendo las infinitas gravisimas questiones del comun derecho acerca de dichas facultades, no dexan yà el menor linaje de duda; pues prohibiendo, que los tales Comisarios puedan nombrar heredero, hacer substituciones, señalar Tutores, desheredar, ni imponer gravamen alguno á los interesados, sin que estas cosas se señalen, y manden

expre-

expresamente en los tales Poderes, solo les permite pagar deudas, aplicar una parte de los bienes para sufragios espirituales del Testador; cosas tan llanas, que el mismo Juez Ordinario debe executarlas, omitiendolas ellos, no teniendo otro fin estas sabias justas determinaciones, que evitar el abuso, ò exceso con que suelen proceder los Comisarios, causa que quando no fuera tan obia, y expresa en ellas, nos las està haciendo vèr la experiencia cada dia, sin que muchas veces sea por malicia; bien que por lo comun èsta frequentemente se halla en las disposiciones testamentarias, como lo notò el Emperador Justiniano, *in L. jubemus Cod. de Testament.*, ibi: *Et falsitas in elogiis saepè committitur.* Y á la verdad, ningunas mas expuestas á este riesgo, que las que se hacen en virtud de Poder, como se deduce de las mencionadas Leyes de Toro, sino por el inmenso mar de las opiniones, donde el humano juicio halla siempre advitrios para todo aquello en que se interesa, es preciso confesar, que en la fundacion de este Mayorazgo no pudo la citada Comisaria, por no expresarse en los Poderes haver hecho la exclusion, que hizo de los Clerigos de Orden Sacros, y de los hijos naturales, y como que en ello obrò contra las expresadas Leyes; por ellas mismas es nula dicha exclusion, y debe tenerse por no escrita.

9. A vista de esto, y de que las questiones de ultima voluntad, y voluntad opuesta al orden comun, regularmente tropiezan en el escollo, y falta de prueba: *Ut tenet Mieres de Majorat. in init.* 2. *part. num.* 1. D. D. Castill. *controvers. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 58. Mant. *de Conject. lib.* 3. *tit.* 2. *num.* 1. debiendose por consequencia necesaria decidir à favor de aquel, que funda su justicia en la intencion general de la Ley segun Valens. *in concil.* 97. *n.* 216. *et* 217. D. D. Roxas de Almanza *disput.* 2. *quaest.* 1. *num.* 10. podrà por ventura dexarse de confesar abiertamente, que semejante exclusion hecha por dicha Comisaria de su Marido tiene grave formal resistencia? Podrà acaso dexarse de conocer, que es enteramente opuesta à las citadas patrias Leyes, que por serles tan odioso el oficio de Comisario, apenas le permiten lo que á un simple Procura-

 dor,

dor, que no puede exceder de las cosas ordinarias, y expresas en el mandato, *juxta Cardin. Tusc. tom. 6. littera P. conclus.* 17. podrà pretenderse haya de prevalecer semejante disposicion contra las mencionadas Reales Resoluciones? Finalmente, atendidas bien las clausulas de ambos Poderes, se podrà decir, que el Fundador de este Mayorazgo quiso, ni confiriò à dicha Comisaria señalada expresa especial facultad para hacer la expresada exclusion? No solo no se podrà con fundamento decir, ni afirmar nada de esto, sino que antes estuvo tan distante aùn de imaginarlo, que ni aùn una palabra siquiera alusiva à ello se encuentra en los referidos Poderes.

10. Pues siendo esto asi, què importa que la facultad concedida á la Doña Juliana, fuese no solo para hacer el testamento de dicho su Marido, sino es tambien la fundacion de dicho Mayorazgo, poniendo los gravamenes, declaraciones, y llamamientos de Sucesores, è Poseedores? Todo esto importa unicamente un arbitrio regulado, y de ningun modo libre, y absoluto: y para comprehender bien esta verdad, es menester hacernos cargo, de que aunque es infinito lo que se ha discurrido, y escrito acerca de los Comisarios, y sus facultades por nuestros Autores sin incluir los exteros; y sobre el punto preciso de introducir condiciones irregulares en las fundaciones de Mayorazgos, que fundan como tales Comisarios, no nos es licito separarnos del espiritu, y letra de las mencionadas Leyes; pues deben tomarse como unos principios subalternos, y mas seguros, que los discursos, y opiniones de los Autores para resolver con acierto.

11. Quanto puede decirse en èste asunto recopilaron Mieres, Paz de Tenuta, Noguerol, y el Aguila; pero los Señores Roxas de Alm. *disput. 2. quaest. 2. n.* 11. 12. 29. *et* 71. y Castillo *controv. lib. 4. cap. 36. per totum*, distinguen magistralmente tres especies de Poderes. La primera, de un Poder que contenga clausulas latisimas, è ilimitadas, como si se dixera, que el Comisario ordenase el Mayorazgo à su voluntad, en la forma, y modo que quisiese, poniendo las condiciones que fuesen de su gusto, y disponien-

niendolo todo, como si los bienes fuesen suyos proprios. La segunda especie es de un Poder llano dado à el Comisario para fundar un Mayorazgo sin otra expresion. La tercera es, quando la ordenacion del Mayorazgo se comete à el arbitrio del Comisario, disponiendo el Testador, que lo funde segun le parezca, ò tenga por conveniente, ò que se ajuste á las Leyes del Reino, ò costumbre de España.

12. En el caso de la primera especie no dudan los Autores puede el Comisario fundar el Mayorazgo segun quisiere, poniendo los gravamenes, y exclusiones que quiera; y yà èste caso se disputò en èste Tribunal confirmandose las condiciones irregulares puestas por un Marido comisario de su muger en la Fundacion de un Mayorazgo, segun refiere el *cit. Sr. Castillo dict. cap.* 36. siendo del mismo sentir el Sr. Roxas Almanza *in dict. disput.* 2. *quaest.* 2. *n.* 11. 12. *et* 13. el Aguila *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 409. y Alvarez Pegas *de Majorat. tom.* 1. *cap.* 7. *n.* 225. y el mismo Sr. Castillo en el proximo lugar, respondiendo à los argumentos, afirma, que si el Poder en èl aquel caso no contuviera expresiones tan voluntarias, y libres serian nulas las condiciones puestas por el Comisario en perjuicio de la Linea.

13. En el de la tercera especie nadie duda, que estè obligado el Comisario à hacer, y fundar el Mayorazgo, observando el orden regular, sin poder hacerlo incompatible, ò de qualidad, ni poner gravamen alguno; porque en estos casos, sin embargo de ser distintos en la expresion, se equiparan en los Derechos, y en los D. D. Castill. *lib.* 6. *cont. cap.* 180. *n.* 4. Card. de Luc. *de Fideicom. in sum. n.* 76. *cit.* Rox. Almanz. *in dict. disp.* 1. *quaest.* 3. §. 3. siendo la principal razon, porque las Leyes de la Nacion establecen, y suponen por regla general, que los Mayorazgos sean regulares, y sin gravamen: *juxta leg.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. *et leg.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *N. R.* disponiendo, que la sucesion en los Mayorazgos sea sin exclusion de Hembras, ni de otras personas por Lineas, y Grados.

14. En

14. En el de la segunda especie de un Poder llàno dado à el Comisario, para fundar Mayorazgo estàn conformes los Autores en que no puede otra cosa que fundarlo regular, arreglado en un todo á las Leyes, y costumbres del Reyno, sin poder poner gravamen, ni exclusion alguna: y solo en este punto se singularizan el *cit.* Sr. Rox. *in dict. disput.* 2. *quaest.* 2. *num.* 38. el Aguila *ad alterum* Rox. *in dict. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 409. queriendo lo pueda hacer irregular, ò incompatible, poniendo los gravamenes, que quiera, fundados en que puede hacer todo lo mismo, que el que confiere el Poder, si la Ley expresamente no se lo prohibe; pero venerando la autoridad tan recomendable del Sr. Roxas, no podemos dexar de advertir, que esta singular rara opinion tiene contra sì las mencionadas Leyes deToro,que limitan,y restringen las facultades de los Comisarios à aquello solamente, para que expresa,y señaladamente se les confiere, y no màs,y no podemos asentir à que contra ellas pueda prevalecer; los Comisarios no pueden exheredar, ni substituir, ni nada de lo demàs que dichas Leyes determinan, y el testador lo puede hacer; luego no puede quanto puede el que se lo dà? Y en caso identico refiere Mier. *de Majorat. part.* 1. *quaest.* 48. *n.* 68. haverse declarado nula la clausula de incompatibilidad puesta en un Mayorazgo fundado por un Marido comisario de su Muger en virtud de un Poder simple, y llano, que ni contenia restriccion, ni expresiones de libertad; y á la verdad, si las Leyes, y la universal costumbre de nuestra España tienen establecido el orden regular en los Mayorazgos, sin incompatibilidad, ni gravamen podrà fundarse, que el Comisario pueda desviarse de este modelo sin un Poder especialisimo, ò al meoos tan limitado, que sea equivalente, ni sobstenerse, que no haviendo expresa prohibicion, pueda hacer todo quanto puede hacer el mismo Testador.

15. Segun esto, que asi và fundado, y que atendido el literal tenor de las clausulas de los dos Poderes, es preciso conocer comprehendida en la tercera especie de las propuestas la facultad concedida por su Marido á la

Do-

Doña Juliana para fundar este Mayorazgo, y por lo mismo que no pudo hacer la exclusion, que hizo de los Clerigos de Orden Sacro, y hijos naturales; pues ni una palabra alusiva á exclusion se halla en los Poderes, por lo que es de congeturar no quiso se hicese, y como toda comision sea de extrecha naturaleza, y que mas bien debe restringirse, que extenderse, *juxta leg. Rogatus* 33. *ff. de Fidejusorib. et mandat.* se observa, que dicha Comisaria hizo otra cosa, que la que quiso el Fundador, segun el texto *in leg. Si itaque mandatum ff. de Jure jur.* ibi: *Alliud fecit, quam quod mandatum est.* Sin que tampoco baste, que la facultad que le confiriò fuese para dicha Vinculacion, y Mejora con la libertad de hacerla en cabeza del hijo, que quisiera, y con los gravamenes, y llamamientos, que le pareciese, para que se entienda absoluta; pues no siendo expreso en los Poderes, que es á lo que se há de estár, *juta cap. recepimus de Priv.* ibi: *Inspicienda sunt ergo Ecclesiarum Privilegia, et ipsorum tenor diligentius attendendus est.* Lo que junto con que en dicha facultad no se puede entender la de excluir á un hijo por razon de que fuese Clerigo, quando no se puede presumir, que el mismo Fundador por esta causa lo excluyese, segun el cap. 2. de *Poenitent. et Remission. cap.* 1. *de Jur. jurand. et regula in generali concesione* 81. *de Reg. jur. in* 6. *et ex late tradit. à Carpio de execut. et comisar. lib.* 3. *cap.* 6. *n.* 4. y de lo que latamente funda el Sr. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 3. *ex n.* 36. Se dexa vèr, que en ningun concepto puede estimarse extensiva la facultad concedida á la referida Doña Juliana para haver hecho semejante exclusion, ni esta válida, y eficaz.

16. Aun prescindiendo de todo lo asi fundado, y si de los Poderes se pueda deducir voluntad presunta de que se hiciese, y de la opinion que lleva Poder el Comisario hacer todo quanto podia hacer el mismo Fundador, que se los confiriò; lo cierto es, que siendo semejantes exclusiones odiosas en algun modo à la Religion, y contrarias al estado Eclesiastico deben detestarse, y contemplarse como no puestas, ni escritas, incapaces de obrar efecto alguno en las disposiciones.

17. Sobre la licitud, y validacion de los Estatutos, y Leyes contrarias directa, ò indirectamente à la Iglesia, Religion, Eclesiasticos, y Derecho Canonico, es infinito lo que hai escrito: queriendo unos sean irritas, nulas, y de ningun valor, ni efecto por defecto de jurisdiccion para establecerlas, fundados en los *C.C. quae in Ecclesiarum*, *et Ecclesia Sanctae Mariae de constitut. et quod super his de Majorit. et obedient. et cap. inferior* 1. *distin.* Y de lo que acerca de esto dicen el Hostiense, Juan Andrès, Gonzalez, y todos los repetentes, especialmente en el *cap. Rescripto. §. sanè intelleximus de Imm. Ecclesiae in n. 6.* afirmando son contra la pùblica utilidad, que no pueden, ni deben valer, ni sobstenerse, por ser impeditivas de la vida contemplativa, siendo esta de mayor perfeccion, que la activa, *juxta cap. cùm infirmitas de poenitent. et remis.* que los Conservadores, y Jueces, que juzgan por ellas están excomulgados, y son infames, segun el *cap. Noverit de sentent. excomun. Donato in praxi resolutoria regularium tom.* 1. *tract.* 11. *quaest.* 15. *num.* 17. Y asi los Estatutos, que prohiben à las Iglesias, ò Eclesiasticos adquirir de nuevo, ò restituir lo yà adquirido por titulo oneroso, ò lucrativo, son nulos, è irritos: *ita tenet Barbosa voto decisiv.* 76. (aunque despues retratò esta opinion) Guevara, Zumel, y el Sr. Valenzuela en los tratados, que hicieron en defensa del Monitorio expedido por la Santidad de Paulo V. con motivo de la Ley establecida por la Republica de Venecia; y que asi està tambien declarado por Clemente VIII. por su Breve, que empieza *cum sicut exponi nobis*, publicado en 2. de Diciembre de 1599. Y que fuè asimismo revocado otro Estatuto hecho por la Ciudad de Ferrara contra la libertad de la Iglesia, segun la *Autentic. Casa. Cod. de Sacrosanct. Eccles. et const. Freder. de stat. et consuet.* Si bien otros por el contrario afirman ser licitos, defendiendo su validacion, como son el Sr. Ramos del Manzano *ad LL. Juliam, et Papiam lib.* 3. *cap.* 45. y otros: Pero quien nada dexò, que desear en la materia fuè el Ilmo. Sr. D. Pedro Rodriguez de Campomanes dignisimo Fiscal del Real Consejo, y Camara de Castilla en su célebre obra intitu-

titulada Tratado de la Regalía de Amortisacion, impreso en Madrid año de 1765. En la variedad de estas opiniones, para hacer cabal dicernimiento, no conviene perder jamas de vista aquella magistral distincion, que hace el citado Sr. Ramos, entre las Leyes, ò Estatutos, como los de Focas, Manuèl Comeno, y Enrique Emperadores, y otras, de que trata Innocenc. III. y el Concilio Constanciese, que absolutamente impedian toda adquisicion á las Iglesias en odio de estas, las quales no son vàlidas, ni pueden obrar efecto alguno; y aquellas, que se establecen con aquellos temperamentos, que promueven el bien pùblico, y la idemnidad de la Republica en caso de enagenacion de bienes en las Iglesias, que estas son vàlidas, y justas por quanto tienen á su favor la suprema autoridad de los Reynos, y Reyes Catòlicos, la observancia de todos los siglos, el juicio de grandes Teologos, y Jurisperitos, de modo, que sin temeridad dice èste grande Autor, ni pueden, ni deben condenarse tales Leyes, ni jamás dudarse de su validacion, por qualquiera que mire con imparcialidad la fuerza de la Ley civil en punto à fixar los modos de adquirir, ò impedir la adquisicion, con tal que no ofenda al derecho natural directamente en sentir de Grot. *de jure Belli et Pac. lib. 2. c. 2. §. 5.* ibi: *Lex civilis quàmquam nihil potest praecipere, quod jus naturae prohibet, aut prohibere, quae praecipit: potest tamen libertatem naturalem circunscribere, et vetare, quod naturaliter licebat, atque ipsum dominium naturaliter adquirendum vi sua antevertere.*

18. Descendiendo de las Leyes, y Estatutos à las disposiciones privadas de los hombres, en que ni se interesa la suprema eminente autoridad de los Soberanos, ni la indemnidad de la Republica, ni la conveniencia, y favor pùblico: si en estas; aunque indirectamente se perjudica à la Religion, Iglesia, Eclesiasticos, ò Legislacion Canonica, es sin duda, seràn nulas, è irritas, y que no podràn subsistir, ni valer; en quanto á aquellas, en que se priva de la sucesion à los Religiosos, ò à los que entraren en Religion; question que trataron Bartulo, y Baldo, aquel en la *Ley fin. in 1. lectura n. 6. Cod. de Pactis*; y èste *in leg. Deo nobis. §. sic etiam n. 8. Cod. de Episcop. et Cleric.* Afirmando

do con otros muchos, que en el caso de privarse à los que yà huviesen entrado en Religion, no era vàlido el Estatuto, ò disposicion, que los privaba, y excluìa de la sucesion; pero no asi quando disponia de los que entrasen en ella; pero nuestro Bartulo Español el gran Covarr. con gravisimos Doctores resuelve, que tan respecto de uno, como de otro caso es ineficaz semejante exclusion, y privacion, *tom. 1. part. 3. Relect. ad cap. quamvis pactum de Pactis*; y se evidencia, y comprueba mas esto, con que si el Estatuto, ò Disposicion en odio del matrimonio carnal, como si alguno dispusiese, que los hijos nacidos de tal matrimonio perdiesen la nobleza, ò no pudiesen suceder à sus parientes, es irrito, y nulo, segun el Tridentino *sesion. 24. de Reform. Matrim. cap. 9.* que decide expresamente, que ni aun los Principes Seculares, ni otra alguna persona con ningun pretesto, directa, ni in, directamente puedan impedir, que los matrimonios se contraigan libremente: luego valiendo como vale el argumento del matrimonio carnal al espiritual, *juxta cap. inter corporalia deTranslat. Praelat.* Lo decidido para con aquel deberá entenderse decidido para con èste.

19. En tèrminos individuales de fundacion de Mayorazgo excitan los Autores la duda sobre si puedan ser excluìdos de su sucesion los Clerigos de Orden Sacro, los Monjes, Religiosas, y demàs de esta clase, resolviendo los màs, que en los fundados en fuerza de Facultad Real, pueden excluirlos sus Fundadores; pero no asi en los fundados del tercio, en los que es comun sentir no pueden ser excluìdos: *Ut est videre apud Molin. de Primog. lib. 2. cap. 12. n. 54.* y los muchos que citan sus Add. Permitasenos, no obstante, examinando, y combinando entre sì los fundamentos de esta comun recibida opinion persuadir, que no parece se puedan hacer semejantes exclusiones; aquellos se reducen à que estas no se hacen en odio de la Religion, ni del Estado, sino por conservar la memoria, explendor, y lustre de la familia, y linage, y por serle libre à cada uno disponer de sus bienes como quiera, y por bien tuviere: luego siendo tan capaces los Clerigos, y Monjes,

co-

como los Seglares,como expresamente lo afirma el Sr. Molin. *lib.* 1. *cap.* 13. *n-* 13. 67. *et* 97. y en proprios tèrminos de autoridad de Carlos *de Gracis de Efect. Cleric. efect.* 4. *à n.* 75. el Julio Caponi *tom.* 3. *discep.* 201. *num.* 9. el Sr. Rox. Alman. *disp.* 2. *quaest.* 5. *n.* 9. donde lleva, y funda, que los Monjes, y Monjas son capaces de suceder en los Mayorazgos, que tienen la precisa condicion de Apellido, y Armas, y satisface los fundamentos de la opinion contraria; y cesando, como cesa, la causa final de excluirlos de tales sucesiones, y en que dicha opinion se apoya, no puede correr, *juxta cap. cùm cesante de Apellation. et cap. adigere* §. *quamvis de Jur. Patron.* Por lo que mira à la libre facultad, que se supone en qualquiera para disponer de sus bienes, en que tenga pleno dominio: es clara la limitacion, que esto padece en la justa prohibicion de la Ley, ò convencion, con que haviendo las de semejantes exclusiones haciendolas irritas, y nulas, por contrarias à las disposiciones Canonicas, que detestan todas aquellas, que aunque indirectamente retrahen del Estado Eclesiastico, y ofenden de algun modo la Religion, ò libertad Eclesiastica, y Eclesiasticos, no puede dexar de conocerse lo repugnantes, y prohibidas, que se deben estimar las expresadas condiciones, y exclusiones.

20. No parece se puede satisfacer con decir, que no se ponen en las fundaciones en odio de la Religion, ni principalmente para retraer del Estado à los que asi excluyen por ellas; sino para conservar el lustre, y memoria de la Familia, y que haciendose en virtud de la Real Facultad del Principe la tienen para hacer semejantes exclusiones, y poner otros qualesquier gravamenes; porque en quanto à lo primero, nada importa, que no se intente retraer con ellas del estado Religioso, ni que no se pongan en odio de la Religion, pues es bastante, que ellas por sì sean eficaces à producir èste efecto, y que por ellas sea odioso dicho Estado à muchos; al modo que los pactos de futura sucesion reprobados, y detestados justamente entre otras causas por no dar ocasion de desear la muerte del proximo, *ex leg. Stipulat.* *ff.* 61. *de verbor. oblig. et leg.* 11.

G *Cod.*

Cod. de Transaction. y por tanto contrarios à las buenas costumbres: si se pusiesen en alguna disposicion, como torpes se tendrian por no escritos, aunque se protextase, y manifestase que no se ponian por ninguna de las causas, que los reprueban, sino con muy distinto fin; y de que no podia seguirse ninguna de ellas, y no obrarian efecto alguno: del mismo modo tales irregulares condiciones, ò exclusiones: y acerca de lo segundo, debe observarse, que las Reales Facultades para las fundaciones de Mayorazgos, solo derogan aquellas Leyes civiles, que prohiben, y defienden gravar las legitimas de los hijos; pero nunca pueden contemplarse extensivas à lo que, ò es opuesto directamente al natural derecho, ò à las Leyes Canonicas, ó Divinas, de que resulta la gravisima dificultad, que envuelven las expresadas exclusiones.

21. Sobraban los fundamentos explicados para convencer el exceso, con que obrò la Doña Juliana, y por tanto la nulidad, que contiene la exclusion, que hizo de los Clerigos de Orden Sacro, y hijos naturales en la fundacion de este Mayorazgo, que fundò como Comisaria de su Marido, observando, que obrò en ella extendiendo su facultad, à lo que no alcanzaba, y à lo que no debe congeturarse fuese voluntad del citado su Marido; pero con quanta mayor claridad se verà evidente la nulidad de semejante exclusion, reflexionandose, para que de una vez se remueva qualquier escrupulo que pudiera quedar, que no siendole licito, ni pudiendo hacer tal exclusion el mismo Marido por sì, mucho menos podria executarlo por la expresada su Comisaria, aun quando en los Poderes le huviera dado especial expresa comision para ello, ò huviera de que tal se pudiera congeturar, ò presumir.

22. No pueden hacer los hombres, que en sus disposiciones no tengan lugar las Leyes, *Autent. de Jur. jur. à moriente collat.* 5. ibi: *Semper hanc unam habemus intentionem disptsitiones morientium esse firmas, nisi resultent legi, et apertè contrariae sint iis, quae illis placent.* Antes bien siempre en los casos de voluntad dubia se presume fuè la de conformarse con lo dispuesto por las Leyes, *ita* D. Castill.

con-

controves. lib. 4. *cap.* 35. donde elegantemente funda, que se debe congeturar, que el Testador quiso lo mismo que la Ley dispone: con que si por una Ley fundamental de la Nacion està expresamente establecido, y determinado el orden, y forma precisa, que se ha de tener, y guardar en los llamamientos, y subtituciones, que se hagan en las Vinculaciones del tercio de los bienes, ordenando, que primeramente se haga entre los descendientes legitimos, y en su defecto entre los Naturales, y no haviendolos entre los Ascendientes, y por no haverlos entre los Parientes, concediendo solamente, que à falta de todos estos se puedan hacer entre los extraños, *uti est expresum in leg.* 27. *Tauri*; con lo que van conformes sus Glosadores, y especialmente Tellus Fernandez *super ea n.* 1. siendo tan preciso dicho orden, que lo hecho en otra forma es nulo por la misma Ley, ibi: *Y que de otra manera no puedan poner gravamen, ni condicion en el dicho tercio*: luego es forzoso confesar, que no puede ponerse la exclusion de ninguno de los contenidos por razon de que sean Clerigos de Orden Sacro, ò Naturales; y que la puesta en la fundacion de este Mayorazgo, como que es en transgresion tan terminante de la expresada Ley, es por ella misma nula, y de ninguna eficacia, aun quando la huviera hecho el mismo Fundador Geronymo de Orosco, con que con quanta mayor razon haviendola puesto su Comisario por si, *juxta leg. non dubium Cod. de Legib.*

23. El que en las Vinculaciones, y Prelegados del tercio hechos en conformidad de la citada Ley de Toro, se deba guardar, y observar inviolablemente el orden, y forma establecido para las vocaciones, y substituciones, y que los hechos contra su tenor sean nulos, y se hayan de reducir, y arreglar por ella, sin anularse la vinculacion; es opinion no solo del Sr. Molin. *lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 12. *et* 13. del Sr. Larrea *decis.* 32. sino comunmente recibida de todos los Regnicolas, segun lo afirma el Sr. Rox. Alm. *disput.* 2. *quaest.* 3. *n.* 5. concluyendo todos, que dicho orden, y forma, ni directa, ni indirectamente se puede alterar, omitir, ò variar: razon porque sin duda no se pueden excluir en tales Vinculaciones, los Clerigos, Monjes, Monjas, ni las hijas descendien-

dientes del Fundador, como lo afirman *el cit.* Sr. Molin. *dict. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 53. Larrea *decis.* 53. *n.* 7. Robles *de Represent. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 23. con los demas, que cita el *cit.* Sr. Rox. Alm. *ubi proximè n.* 7.

24. En lo que no estàn, segun parece convenidos, es, en si haciendose semejantes Vinculaciones del tercio, estèn obligados sus Fundadores à observar el orden, y forma de dichas Leyes 27. de Toro, y 11. *tit.* 6 *lib.* 5. *N. R.* haciendolas en virtud de Real facultad del Principe; ò les sea facultativo apartarse de èl en las substituciones, y llamamientos; y aunque el citado Sr. Roxas de Almanza en la *cit. disput.* 2. *quaest.* 3. *à n.* 2. con la authoridad del Sr. Molina *dict. lib.* 2. *cap.* 11. *á n.* 11. Castillo *controvers. lib.* 4. *cap.* 36. *à n.* 22. Angulo *de Meliorat. leg.* 11. *glos.* 4. *n.* 11. *et* 12. Noguerol. *Aleg.* 25. *n.* 95. defiende fuertemente, que no estan obligados à observar dicho orden, y forma: estàn por la negativa D. Hermeneg. de Rox. *de incomp. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 126. *et* 127. P. Molina *de Just. et jur. tract.* 2. *disput.* 609. *à num.* 6. Acebedo *conc.* 24. *à n.* 13. Mier. *de Majoratu part.* 2. *quaest.* 2. *n.* 23. *et* 139. y D. D. Larea *dict. decis.* 32. *n.* 48. satisfaciendo los fundamentos del Sr. Molina, se declara abiertamente por ella.

25. En medio de tan encontradas opiniones, y que mutuamente tienen à su favor decisiones de Tribunales superiores, reflexionados bien sus respectivos fundamentos, se descubre con no pocos visos de mayor intrinseca probable autoridad: la que afirma no ser licito, no haviendo en la Real Facultad expresa derogacion de la citada Ley 27. de Toro, apartarse, ni invertir el orden, que establece; pues aunque sea cierto, que el que tiene libre facultad de hacer, ò instituir Mayorazgo, puede fundarlo con las qualidades, modos, ò condiciones que quisiere, como aùn es expreso de la misma citada Ley 27. ibi: *Facer en el dicho tercio los Vinculos, y submiciones que quisieren.* Y lo que acerca de esto trahe latamente el citado Sr. Roxas de Almanza *in cit. disput.* 2. *quaest.* 2. *n.* 12. *et quaest.* 3. *n.* 10. y que lo sea tambien, que en otros términos parecia ser ociosa la Real Facultad, y sin efecto alguno, sino se ha de extender á dispensar

en

en el orden de dicha Ley 27.pues el hacer la Vinculacion del tercio sin ella, es permitido por las mismas Leyes del Reino à qualquiera, que es en substancia à lo que viene à reducirse quanto se pondèra por la opinion, que defiende no estàr obligados los que hacen Vinculaciones del tercio en virtud de Real Facultad,à observar el orden de la expresada Ley 27.de Toro.

26. Pero se debe advertir, que aquella libre facultad concedida por las Leyes para hacer semejantes Fundaciones, ò Vinculaciones, es solamente extensiva à todo aquello, que por ellas mismas no esté exceptùado, limitado,ò restringido; y asi estandolo el orden, que se ha de guardar en las substituciones, y vocaciones de tales Prelegados del Tercio, debe estarse à èl inviolablemente; pues lo contrario seria venir contra la misma Ley, en que se quiere,y debe fundar el hacerlas; finalmente por mas absoluta que se quiera contemplar la Facultad, no alcanza, ni puede extenderse à lo que se halla exceptùado en las mismas decisiones que la confieren.

27. Tampoco se puede considerar ociosa la Real Facultad,ò Rescripto, que se impetre para hacerlas; de que sino se ha de entender derogada la citada Ley 27.de Toro, por ella nada màs se conseguia, que lo mismo, que por derecho le estaba concedido contra lo decidido en la Ley *quae sub condit.* 8. *§.ultim.ff. de condit. inst.cap.in his* 30. *de Priv.* Pues quièn no advirte, que para que no se pueda considerar dicha Real Facultad superflua,ò sin efecto, es bastante la utilidad, que le resulta al que la obtiene, de la más amplia permision, que por Real Rescripto logra para obrar, y disponer del tercio de sus bienes; formal razon, porque ni los Rescriptos, ni los Privilegios concedidos por el Principe, y en que especialmente se dispensa, ò manda aquello mismo, que estaba permitido por derecho, no se contemplan, ni pueden juzgar inutiles, sino antes utilisimos: *juxta cap. causam quae, de Rescriptis cùm concordant.* Y por lo que quando á algun Juez Ordinario se le comete la execucion de algun negocio, quecon la jurisdiccion ordinaria podia executar, se entiende excitada esta, y no nueva delegacion; y porque el Legado del dèbito puro,aunque en èl no se dè interusurio, sobstiene

su validacion contra la comun de la Escuela D. Geronymo de Oroz *de apicib. jur. lib.* 1. *cap.* 8. por la mayor utilidad, que resulta al Legatario en la duplicidad de acciones para exigirlo.

28. Ademàs de lo asi fundado, se debe suponer, que nunca la citada Real Facultad serìa ineficaz, y sin efecto, pues haciendose en su virtud la Vinculacion del tercio, se entiende desde luego fundado, y perfecto el Mayorazgo, goza de todos los Privilegios, que como tal por derecho, y costumbre del Reino le corresponden; pasa el dominio, y la natural, y civil posesion en el primer llamado: *Ut tenet* D. D. Molina *lib.* 3. *cap.* 13. *à num.* 40. *sus Addentes con otros.* No asi quando es fundado sin ella con solo la permision de la citada Ley de Toro 27. puede ademàs tambien fundarlo, aunque no tenga màs que un solo hijo, segun Perez de Lara *de Anniv. et Capell. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 62. D. D. Gregor. Lopez *in leg.* 23. *tit.* 9. *part.* 6. *vers. mas de uno*: Burgos de Paz *quaest.* 1. *n.* 22. Lo que de ningun modo puede hacer si la dicha Fundacion no se hace en virtud de Facultad Real, sino solo con la de la expresada Ley segun el *citado Molina lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 11. Gomez *in leg.* 40. Taur. *n.* 55. por ser estas unas de las muchas diferencias, que hay, y se notan entre semejantes Vinculaciones del tercio, y que juntò, y recopilò el citado Sr. Roxas Almanza *dict. disput.* 2. *quaest.* 3. §. 1. *per totum.*

29. Ultimamente, aun quando el citado Geronymo de Orosco quisiera haver usado de la Real Facultad, que parece se havia impetrado, para la fundacion de este Mayorazgo, que tal no quiso, como adelante se harà vèr, no haviendo en ella expresa derogacion de la citada Ley 27. de Toro, como no lo hay, no pudo, y mucho menos su Comisaria haver hecho la exclusion, que hizo de los Clerigos de Orden Sacro, y hijos naturales; pues es sin question, que quando el Principe concede facultad à alguno para hacer, ò disponer alguna cosa, que està prohibida por la Ley, es necesario, que en la Facultad se diga, y exprese, que se la confiere para que la haga, no obstante la Ley que lo prohibe, expresandola, y refiriendola; es doctrina terminante

de

de la Glosa magna *in leg. causas 16. Cod. de Transat. verbo oportet*, ibi: *Nisi diceret, non obstante tali lege*: y expresamente lo funda el Mieres *de Majorat. part. 1. quaest. 3. n. 108.* ibi: *Et quando scribit Princeps contra Legem, debet dici, non obstante tali lege*: con que no haviendo en dicha Facultad especial derogacion de la citada Ley 27. ni diciendo el Principe en ella, que à los referidos Geronymo de Orosco, y Doña Juliana de Ayala su muger, les daba, y concedia facultad para vincular el tercio de sus bienes, y para hacer las substituciones, que por bien tuviesen, y con la potestad de excluir sus descendientes, bien Clerigos de Orden Sacro, ò bien Naturales, es visto, que no pudieron hacerla en expresa transgresion de lo determinado por la citada Ley 27. y que por lo mismo segun ella son nulas, y de ningun efecto las referidas exclusiones; y asi, aunque dicha Fundacion se haya hecho en fuerza de la facultad, que se inserta en ella, no es bastante á convalidar, y hacerlas valer.

30. No puede estimarse bastante la derogacion general de las Leyes, que contienen las Reales Facultades para vincular, como algunos han querido: citado Sr. Roxas Alm. *dict. disput. 2. quaest. 3. §. 1. n. 43. in fine*, queriendo restringir esta precision de derogacion especial à los contratos, y actos privados; pero no à las Fundaciones de Mayorazgos: yà, porque aquellas cosas, que necesitan de especial derogacion, no pueden entenderse, ni comprehenderse en la general, del mismo modo, que no vienen, ni se entienden en la concesion general, las que necesitan de especial, ò las que verosimilmente, ò no las concederia el Principe, ò no con tanta facilidad: *juxta cap. cùm in generali de officio Vicarii*: & cap. *si Episcopus de Poenitent. et remission. et cap. in generali de Reg. jur. in 6.* Pignat. *tom. 10. cons. 117. n. 142.* el Sr. Larrea, que en la citada *decis. 32.* con motivo de tratar de la exclusion, ò admision de los hijos naturales, tocò, y tratò muy de exprofeso èste punto, no solo afirma, que el orden de la Ley 27. de Toro se debe rigorosamente observar en las Fundaciones del tercio, que se hacen en virtud de la permision de dicha Ley, sino en las demàs, que se hacen de todos

dos los bienes en fuerza de Real Facultad por la identidad de razon, que en unas, y otras milita, *num.* 51. que es en la quedicha Ley se funda, para haver establecido dicho orden, y forma en las substituciones, concluyendo, que por esto no pueden entenderse excluìdos los descendientes naturales de semejantes sucesiones; y haciendose cargo de las Leyes 40. *Tauri* la 6. *tit.* 7. *lib.* 7. *Recop.* que hablando de los descendientes, que hayan de suceder, exigen que sean legitimos, prueba, y resuelve, que disponen con respecto à aquella dificil, y ardua question, quando se disputa la sucesion de algun Mayorazgo entre Tio, y Nieto, que para que excluya al Tio legitimo, debe serlo tambien legitimo el Nieto; resolviendo, que para que pudiesen limitar las determinacion de dicha Ley 27. de Toro, era indispensable, que hicieran expresa mencion, y derogacion de ella, *num.* 53. con que nada importa, que la Fundacion de este Mayorazgo se hiciese en virtud de Real Facultad, pues no haciendose mencion, y derogacion de la referida Ley de Toro, no pudieron hacerse las exclusiones de los Clerigos de Orden Sacro, y hijos naturales, y son nulas, y sin embargo de ellas, debe reduciendose al orden, y forma de dicha Ley regular la sucesion, declarandose ser el legitimo sucesor, como varon de la linea, con exclusion de la citada Doña Salvadora, y del Don Juan Maria Lobillo y Orosco, el expresado D. Juan de Orosco.

31. En comprobacion de esto mismo es especialisimo el lugar del Sr. D. Juan del Castillo en *el lib.* 5. *controv. cap.* 99. *vers. tunc autem novum dubium n.* 9. donde promueve, y disputa si excluidos los Clerigos, ò Monjes en semejantes Vinculaciones, y reduciendose al orden de dicha Ley los llamamientos, sin embargo de las exclusiones, deberàn suceder los excluìdos en su proprio lugar, y grado, como sino lo huviesen sido; ò despues de todos los Descendientes, debiendo obrar la reducion solamente respecto de los transversales del Fundador, refiere los fundamentos por ambas opiniones, y dice, que ocurriendo el caso, se deberà proceder con séria madurez á la deliberacion; pero no admite duda, que examinados bien unos, y otros, es preciso confesar,

que

que si semejantes exclusiones son nulas por la misma Ley, deben serlo en todo; pues lo contrario seria monstruosidad repugnante, que dichas exclusiones fuesen en parte válidas, y en parte nulas, ni puede sobstenerse á pretexto de que de este modo se podia cumplir la voluntad del Fundador en algo; porque lo que podia hacer, que era posponer à los descendientes Clerigos, Religiosos, ò Hembras, à los descendientes, que no tuviesen esta qualidad, aunque fuesen de más remota Linea, ò Grado, no lo hizo: y lo que hizo, que fuè excluirlos absolutamente, no lo pudo hacer; con que es visto el fundado derecho, que asiste al Don Juan de Orosco por todos medios, para que con exclusion de su Hermana Doña Salvadora, y de su nieto Don Juan Maria Lobillo, y Orosco, como Varon de la linea, se le haya, y deba declarar por legitimo Sucesor de este Mayorazgo, y sus Agregaciones.

PARTE TERCERA.

EN QUE SE SATISFACEN LAS OBJECCIONES, que podràn quizà hacerse.

1. Haviendo hecho vèr los sòlidos fundamentos, y doctrinas, en que se afianza el incontrastable derecho de Don Juan de Orosco, resta solo satisfacer algunas objecciones, que tal vez se podràn hacer à ellos; pues como quiera, que en esto consista toda la dificultad, satisfechas, haràn relucir, y brillar màs aquellos en sentir del Filosofo *in* 3. *Rethoricae*, ibi: *Prius est, ut nostra firmemus; deinde objecta confutemus: nam tota vis, et dificultas consistit in respondendo ad contraria: et illis solutis, conclusiones redduntur clariores.*

2. En primer lugar se arguye, haver confesado mas fundado el derecho de su Hermana Doña Salvadora, y renunciado el suyo Don Juan con el hecho de haverse desistido, y separado de este Pleyto, *Mem. imp. num.* 5. y que por lo mismo al menos en esta vacante no puede volver á èl; al modo, que el que renuncia el beneficio, ò eleccion en èl hecha, de que tratò latamente el D. D. Salg. *de*

 Re-

Recent. cap. 33. *et* 34. *part.* 2. *et signant. de Reg. part.* 2. *cap.* 13. *n.* 216. Pero á la verdad, estamos en caso muy diferente; pues D. Juan no hizo formal renuncia del Pleyto; sino se desistiò con la protesta, que dicho desestimiento contiene; lo que no solo no es confesar mejor derecho en el Colitigante, ni que no le asiste al que asi se separa, sino que es cosa muy diversa, y que ninguna accion le dà al contrario, *ex leg. alia Cod. de his*, *quibus ut indign.* y de lo mucho, que à este proposito trahe el doctisimo Tiraquello *in comm. ad leg. si unquam Cod. de revocand. Donat. verbo Donatione largitus n.* 203. donde con la erudicion, que le es propria, juntò quanto puede apetecerse: esto aùn quando el desestimiento no huviera sido qualificado con la protesta de no perjudicarse por èl en su derecho, y de poder usar de èl siempre que le conviniese; y como que por ella le quedò preservado: no se puede negar la fundada accion con que volviò à continuarlo, y lexos de poder inferirse de ello cosa, que le perjudique, resulta la insanable nulidad de la expresada sentencia de el Ordinario como proferida sin haverse acabado de sustanciar con parte tan legitima, è interesada, como el D. Juan; y mas haviendolo reclamado, y contradicho la vista: *cit. Mem. imp. num.* 6. despues de haverse sentenciado-difinitivamente se le mandan entregar los Autos: y ciertamente, ò se le considerò parte legitima en dicho juicio, ò no: si lo primero, es dogma legal, que sin substanciarse con èl no pudo determinarse sin vicio de notoria nulidad: si lo segundo, à què proposito mandarle entregar los Autos: en qualesquier concepto se vè de bulto la nulidad que contiene.

3. En segundo lugar se intentarà persuadir, que la Doña Juliana de Ayala hizo la Fundacion de este Mayorazgo, no solo como Cabezalera, ò Comisaria del citado su Marido, sino en virtud de haverle comunicado ser su voluntad; y quando con la primera formalidad no huviese podido hacer las exclusiones de los Clerigos de Orden Sacro, y de los hijos naturales, por no contenerse en los insinuados Poderes, que le confiriò, facultad especial, y señaladamente para hacerlas, segun las Leyes, y Doctrinas referidas en

la

la segunda Parte de esta Alegacion; no se puede dudar le fuè facultativo en fuerza de la expresada comunicacion.

4. Pero ni aùn con éste respecto se puede conceder le fuese facultativo hacerlas entre muchas, principalmente por dos razones eficacisimas ambas. La primera, porque si en semejantes materias se huviese de estàr con facilidad á lo que los Comisarios quieren persuadirles fuè comunicado, resultarian los gravisimos inconvenientes, de que las ultimas disposiciones pendiesen, y consistiesen en la voluntad agena por lo comun, como lo notò el Carpio *de executor. Testam. lib.* 2. *cap.* 23. *n.* 5. *y* 8. absurdo, que previno el Sr. Covarr. *in cap. cùm tibi de Testam. in fin.* y algunos Autores lo han mirado como opuesto al natural derecho: conviniendo todos en que està detestado, y defendido por las Leyes Canonicas, y Civiles en qualesquier sentido, y de qualesquier modo, *ita lex.* 11. *tit.* 3. *part.* 6. *et* 29. *tit.* 9. *ead. part.* Spin. *de Testam. glos.* 5. *n.* 23. Gom. *in leg.* 31. Taur. *in prin.* D. D. Castill. *controv. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 20. otro, y el más graduado, que quedarian frustradas las citadas Leyes de la Nacion, que determinan, y regùlan las facultades de los Comisarios por semejante indirecto medio; y aùn por eso para evitarlos en lo posible, exigen los Autores juiciosos, y sabios en los comunicatos tres condiciones. Primera, que el comunicoto se prevenga expresamente en el Poder. Segundo, que se contrahiga individualmente á materia determinada. Tercera, que aùn con estas calidades, la declaracion del Comisario sea verosimil, y conste de probables presunciones segun el Sr. Vela *in dissert.* 38. *n.* 73. *tom.* 2. Mascard. *de Probat. volum.* 2. *conclus.* 486. *n.* 5. *et* 6. Cardin. de Luca *de Fideicom. discur.* 182. *n.* 15. Y como quiera, que las dos ultimas calidades no se verifiquen en éste comunicato; pues aunque le diò la facultad de fundar dicho Vinculo en la clausula del primer Poder, nada dice de comunicacion, expresandose solo en el segundo, que se la dà para que en su virtud haga, è otorgue su testamento, ò ultima voluntad como con ella tenia tratado, è comunicado; esto yá se vè, que no se puede contraher; ni recae sobre las exclusiones determinadamente; però ni aùn

so-

sobre la Fundacion del Mayorazgo, asi por lo que và fundado en la referida segunda Parte de esta Alegacion de no ser verosimil, ni presumible, que el Geronymo de Orosco huviese querido excluir à sus hijos, y descendientes, á cuyo favor milita la natural presuncion de la sangre, tan poderosa que siempre se ha de presumir por ella; en tanto grado, que las Facultades Reales se juzgan injustas si son para fundar con exclusion de parientes: D. D. Molin. *lib. 2.cap.1.n.* 26.y por lo mismo el que tiene facultad de nombrar, ò elegir, debe hacerlo en los Parientes, aunque no estèn llamados: Guzm. *verit. jur.verit.* 24.Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 87. *n.* 24. por ser Clerigos de Orden Sacro, ò naturales, como porque como nota, y advierte el citado Cardenal de Luca en el lugar proximamente citado, el comunicato debe recaer sobre materia determinada; pues no tiene repugnancia alguna, que sobre un punto el testador comunique alguna especial voluntad, y no lo execute en quanto à otro; y en nuestro caso hai motivo para presumirlo fundadamente asi; porque quando se remite à la comunicacion, que tenia hecha, es con generalidad quando habla del otorgamiento de su testamento, no quando dispone de la Mejora, ò Vinculacion, en que es muy de reparar, que dando las amplias facultades, que concede à su Muger para hacerla con los llamamientos, y gravamenes, que le parezca; ni una sola palabra se advierte alusiva, ò que pueda recaer sobre exclusiones, con que es visto, que no quiso se hicieran estas, ni tal cosa comunicò à la referida su Comisaria.

5. La segunda, y que evidentemente prueba, que sin embargo de la aserta comunicacion, no se pudieron hacer las referidas exclusiones, es, que estando justificado, y fundado, que ni el mismo Geronymo de Orosco las podia hacer, como defendidas por la referida Ley 27. de Toro por sì mismo, menos la podria comunicar à su Muger para que la hiciese; con que nada se adelanta con esto, aun quando para dudar de tal comunicacion no huviesen tantos fundados motivos como vàn hechos vèr.

6. En tercero lugar se exclama, que haviendo hecho di-

dicha Fundacion en virtud de la Real Facultad, que en ella se inserta, y que asi se expresa literalmente, por haver sido esta la voluntad de dicho su Marido; pudo hacer las mencionadas exclusiones; pero sobre esto se deben advertir muchas cosas. La primera, que en quanto á la certeza de que esta huviese sido la voluntad de dicho su Marido, y que asi se lo huviese comunicado á la Doña Juliana, hay las razones de dudar antecedentemente ponderadas sobre la circunspeccion, y cuidado con que se debe proceder para prestar deferencia á los comunicatos; junto con que en hechos reservados, importantes, y que infieren perjuicio à tercero la asercion, aunque sea jurada del Comisario no merece fè, sino se halla contestada, y apoyada por el Testador, segun el citado Sr. Vela *in dict. dissert.* 38. *n.* 73. Es verdad, que es un testigo confidencial; pero como es unico, no puede ser creido sobre hecho, que trahe perjuicio de tercero; segun lo afirma el Sr. Vela con la *glos. in cap. Placuit. de consecrat. distint.* 4. *in loc. proxime cit.* Diràse acaso, que es su propia Muger, y de quien hizo la confianza, que acreditan los Poderes que le confiriò; sin embargo no puede ser creìda por unica interesada en causa propia; pues propia accion de los Comisarios se llama lo que toca à su oficio, y comision, *cit. Carpio ubi suprà num.* 40. y porque es sobre materia en que se versa perjuicio de tercero, segun Pedro Pechio, que en el Tratado, que escribiò de *Testam. conjugum lib.* 1. *cap.* 21. *per totum*, tocando este punto en tèrminos, pregunta si se hà de creer à la Muger, que afirma haverle confiado secretamente su Marido la execucion de alguna parte de su testamento; y responde, y afirma, que no, ibi: *Soli, simplicique dicto uxoris asserentis Maritum sibi aliqua dispensanda secreto commississe, standum non esse satis liquet, neque haeredem, ut ei pareat compelli posse.* Dura, y extraña cosa parecerà quizà esta opinion; pero en realidad no lo es, sino muy justa, y arreglada, y lo persuade la misma razon, en que se apoya, de que aunque qualquiera se presuma bueno, y que no faltarà à la verdad: esta presuncion cesa siempre, que la materia, à màs de ser grave, trahe perjuicio de tercero, que entonces se requiere una prueba ple-

 na,

na, y concluyente, que no la puede constituir la asercion de un testigo por más autorizado que sea, segun el *cap. cùm à nobis de Testib. cùm concordant.*

7. Contra lo que asi vá fundado nada podrà influir, si se replicase, que de la comunicacion no se puede dudar, por justificarse no solo de la asercion de la Comisaria, sino de la de los sugetos designados en el Poder, y de los dos Albaseas, pues concurriendo à el otorgamiento de la Fundacion, contestaron, que todo estaba hecho, y ordenado con su acuerdo, voluntad, y consentimiento, y en conformidad de lo que dicho Geronymo de Orosco tratò, y confiriò con ellos: *Mem. impres. num.* 31. y que por lo mismo que prueba más exuberante, puede apetecerse de la tal comunicaçion; porque à esto se oponen dos cosas: una, que la comunicacion con ellos, que afirman no està contextada, ni apoyada en los Poderes, requisito que faltando no se debe deferir al comunicato, como està hecho vèr; pues solo en el segundo Poder dixo el Geronymo de Orosco confiriendoselo à la dicha su Muger para el otorgamiento de su testamento, que lo hiciese, y otorgase como con ella tenia tratado, y comunicado, sin expresar, ò enunciar, que huviese tratado, ni comunicado nada con dichos dos Religiosos, y Martin de Tirapu; sino previniendo à dicha su Muger procediese con asistencia, y parecer de los referidos, y por lo que hace á los dos Albaseas nada dixo: *Mem. imp. n.* 10. *et* 11. con que no hai otra prueba, que su asercion de dicho comunicato, y asi no debe ser creido: otra, y mucho mas eficaz, aun prescindiendo de la gravisima duda, y dificultad ponderada, y que consiste, en que estando fundado que por ser vinculacion del tercio no tenia facultad, por resistirlo la Ley, el mismo Geronymo de Orosco, para hacer semejantes exclusiones, como las havia de conferir à sus Comisarios; pues ninguno puede hacer por otro lo què por sì mismo no le es licito hacer: *ex vulg. Reg. nemo plus* 54. *cap. nuper de Donat. inter virum, et uxorem. Decius super ea.*

8. Tampoco se adelanta nada con la Replica, que tambien podrà hacerse, de que siendo cierto estàr impetrada antes la Real Facultad para la referida Vinculacion, debe

be entenderse hecha en su virtud, *ex traditis à Molin. de Prim. lib. 2. cap. 7. n. 69. sus Addent.* y otros; porque esto se satisface facilmente, observando, que siendole libre á qualquiera que obtiene Real Facultad usar, ò no usar de ella, segun el Sr. Salg. *in labyr. part. 2. cap. 5. n. 49. et 54. et cap. 10. n. 88. et sequent. praecipue 97. 98. et 106.* Garcia *de Beneficiis p. 1. cap. 5. n. 53.* tratando del que obtiene facultad del Papa para resignar la pension que goza; y que siendo sin question, que no reduciendose à el acto para que se impetra, queda ineficaz, è inutil la Facultad; la doctrina del Sr. Molina solo procede en aquellas Vinculaciones, que sin la Real Facultad no pueden hacerse, por quanto los actos humanos se presumen hechos por aquella causa sin la qual no pueden subsistir, y valer; pero como esta presuncion no tenga lugar en las Vinculaciones del tercio por no necesitar de aquella, bastando la permision de la Ley; de hai es, que no corre dicha opinion, ni puede adaptarse à nuestro caso, aun quando tuviera lugar la duda: á lo que agregandose, que ni en el primer Poder, ni en el segundo, en que previno, que en todo se huviese de estàr à lo ordenado en el primero, nada dixo, ni explicò el Geronymo de Orosco en orden à la tal Real Facultad, se conoce, que no solo no usò de ella, sino que aùn no quiso, ni comunicò se usase de ella; y por tanto no debe considerarse nada de lo que por este medio se quiere persuadir.

9. Finalmente, se pondera, que la citada Doña Juliana agregò, y puso de su caudal màs de 31ŋ. ducados en el primero Mayorazgo, y màs de 14ŋ. en el segundo, queriendolo comprobar con el testimonio de los Autos, y quenta de particion hecha por muerte del Geronymo de Orosco entre su primogenito, ò primer llamado D. Juan de Orosco Veintiquatro de esta Ciudad, del Orden de Calatrava, la referida Doña Juliana, y el Defensor General, segun el *Memor. impreso num. 34.* y que por tanto pudo poner, y hacer las exclusiones, que hizo sin que pueda venir contra ellas el Don Juan de Orosco, ni Don Juan Maria Lobillo.

10. La

10. La satisfaccion de esta dificultad proviene de observar la clase, à que se haya de reducir la Agregacion, y Vinculacion hecha por la Doña Juliana; esta materia la trata D. Hermenegildo de Roxas *de incomp. part. 4. cap. 5. à n. 27.* quien proponiendo aquellos tres casos, que exemplifican los Addent. del Sr. Molina *lib. 1. cap. 8. num. 35.* Primero, quando un Poseedor de un Mayorazgo le agrega bienes simplemente sin nuevas condiciones, en el qual de autoridad del Mieres *de Majoratu part. 2: quaest. 5. à num. 43.* y otros muchos, se debe suceder, como si los bienes unidos, y agregados huviesen sido del primer Fundador; considerandose un unico, y solo Mayorazgo. Segundo, quando hace la union poniendo nuevas condiciones, ò vocaciones contrarias; pero que de algun modo pueden conciliarse, que entonces tampoco debe dividirse la Vinculacion, sino que han de prevalecer las especiales vocaciones del primer Vinculo à las Generales del unido, ò agregado. Tercero, quando las condiciones de la agregacion son enteramente contrarias, y repugnantes à las del primero; de suerte, que no puedan conciliarse, y ajustarse entre sì, que debe dividirse, hace aquella admirable distincion de clases, à que pueden reducirse las Agregaciones. Primera, quando la agregacion, ò union de los bienes de una disposicion se hace à otra por incorporacion, que entonces, confundiendose ambas, se hacen una de tal manera, que aunque tenga, y se haya hecho con condiciones contrarias, no pueden dividirse, ò separarse; al modo que los metales, ò la agua, y vino, quando se mezclan se confunden sin poder volverse à separar. Segunda, quando la agregacion se hace acesoriamente; y en consequencia de la Fundacion principal, que en èste caso sigue, y se gobierna por las mismas reglas de aquella de que es acesoria. Tercera, quando la agregacion se hace igual, y principalmente, èsta subsiste, y se gobierna por sì con independencia de la otra Fundacion: de esta distincion tratò tambien el Sr. Roxas de Almanza *in disp. 1. quaest. 11. per totam*, donde nada dexò que desear, y de Mayoràzgos fundados por Marido, y Muger tocò bastante al *num. 13.* y que sean unidos, aunque se funden de bienes

nes de ambos con union perpetua: D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 2. *n.* 84. D. Larrea *decis.* 60. Roxas *de incomp. part.* 8. *cap.* 3.

11. Supuesto esto, y atendidas las clausulas de la Fundacion, y Agregacion hecha por la Doña Juliana, ibi: *Lo haya incorporado en el Mayorazgo perpetuo, que del valor de esta Mejora, y de la dicha su legitima en su favor hago, y fundo al Fuero, y Ley de España, para que los dichos bienes, y los demàs, que yo por mi parte le agregare, è incorporare, los haya como bienes de Vinculo, y Mayorazgo: Memor. impres. num.* 18. *in fin.* con que es preciso conocer, que esta Agregacion fuè hecha por formal incorporacion, y en consequencia de la primera hecha por el citado Geronymo de Orosco su Marido, como que se pactò, y expresò en el Poder, que èste le confiriò à la referida, que ella havia de mejorar tambien en el tercio de su bienes al hijo, en cuya cabeza, usando de la facultad que le diò, hiciese la Vinculacion, lo que la expresada contexta en dicha Fundacion: con que yá vino à hacerla en fuerza de la convencion referida, circunstancia muy considerable, como la de haverse hecho ambas Vinculaciones en un mismo instrumento, en sentir del citado Sr. Roxas Almanza *ubi proxime*, para que se considere un solo Vinculo, ò Mayorazgo, y que se haya de regir por unas mismas reglas, sin que importe nada, que ademàs de el tercio incluyese algunas otras cantidades la Doña Juliana de sus bienes libres, pues ademàs de que de esto no hay otra comprobacion, que el citado testimonio de las quentas de particiones referido, que nada màs contexta, que lo que se le considerò à las Vinculaciones; pero no que se les huviese adjudicado, y dotado de ello efectivamente, como ni tampoco si se hizo lo mismo con los Caudales, que la Doña Juliana asegurò esperar se le havian de remitir de Indias para la indispensable asignacion de alimentos à los demàs sus hijos, que estaba obligada, y reservò hacerlo de dichos Caudales; pues estas cantidades, como que se agregaron al tercio, deben juzgarse del mismo modo que èste, aun quando la agregacion pudiera

diera subsistir, y considerarse por sì principalmente, como sucede con el quinto, que por lo regular se agrega en tales Vinculaciones, *juxta cit. Rox. de incomp. part.* 1. *cap.* 1. *n.fin.* 59. con que con quanta mayor razon, haviendose incorporado todo en la Fundacion primera, no debiendose omitir, que aùn prescindiendo de esto, siendo la Agregacion hecha principalmente del tercio; y aun quando fuera de los bienes libres de la Doña Juliana, no haviendo contenido especial derogacion de la Ley 27. de Toro la citada Real Facultad en que se quiere fundar la subsistencia de las exclusiones hechas, no valen, ni pueden sobstenerse por lo abundantemente fundado al num. 30. de la segunda Parte de esta Alegacion.

12. Tampoco debe ser de consideracion alguna, que à la Doña Salvadora se le encargò la administracion de los bienes de este Mayorazgo por providencia de V. S. para arguir de esto mejor fundado su derecho, por quanto esta determinacion ninguna consequencia puede, ni debe hacer para èste juicio principal, en que estamos, sobre la sucesion; del mismo modo, que aùn la sentencia de Tenuta, sin embargo de que dà una posesion interina, no la hace en el Juicio Posesorio, ò el de Propriedad, *ex late traditis à Paz de Tenut. tract.* 1. *cap.* 4. *num.* 20. *y* 21.

13. Rebatido, pues, quanto substancialmente puede asegurar fundada la pretension de la Doña Salvadora; se descubre màs claro, y evidente el incontrastable derecho que tiene el Don Juan como Varon de la Linea, y Grado, para que con su exclusion se le haya de declarar legitimo Sucesor de este Mayorazgo, y sus Agregaciones, constituyendose cabeza de la Linea; y la justa causa, que le asiste para litigar èste Pleyto; pues si por tal la tienen los DD. asistiendo la de uno de autoridad segun Menoch. *de Advitrar. casu* 117. *num.* 4. Mexia *in tract. Taxae Panis conclus.* 3. *num.* 6. Gutierrez *lib.* 1. *quaest.* 136. Surd. *in decis.* 58. *num.* 9. Barb. *in collectad cap. finem litibus de Dolo*, et contum. ibi: *Qui vero habuerit pro se opinionem alicujus magni Doctoris justam*

tam habuisse litigandi causam. Con que teniendo, no solo la de tantos de tan conocido credito, sino las mismas Leyes fundamentales del Reyno, que excluyen, y defienden sucedan las Hembras en concurrencia de Varon de la Linea, y Grado, quien podrá dexar de conocer lo fundado que es, el que revocandose la referida sentencia se le diga à la Doña Salvadora, lo que aunque à otro proposito refiere el Jurisconsulto *Scaebola in leg. Lucius §. Gajo Seio ad Trebellian. ff. Respondit Luciam: Titiam statim teneri, ut partem dimidiam semissis ex persona Seii restituat*; como tambien con la del expresado Don Juan Maria Lobillo y Orosco; pues aunque èste como Varon legitimo viene á suceder á los Fundadores por su propia persona, y excluye á la Doña Salvadora, por ser de Linea preferente, sin que pueda obstarle ni la ilegitimidad de la Madre, ni la exclusion del Don Juan; pues aùn quando fuera vàlida, como personalisima, no puede transcender, ni gravar la Linea, por quanto viene, y pretende la Sucesion por derecho propio derivado en el de el mismo Fundador; para con el Don Juan nada de esto le puede aprovechar, y por lo mismo su pretension respecto de este es subsidiaria: En vista de todo lo expuesto, y que la determinacion està pendiente del juicio de tan grave sabio Senado, cuya Religion, Prudencia, y Justicia sabrà suplir lo que no haya alcanzado à exponer en su defensa, la espera favorable con arreglo à ella: *Salva in omnibus T. S. D. C.*

Están conformes las Remisiones al Hecho.

Lic. D. Tomás Romero Agredano.

Dr. Montilla.